JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2
C/ San Agustín nº 85
Icod de los Vinos
Teléfono: 922 47 71 73-74
Fax.: 922 47 71 86
Email.: mixto2.icod@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Jurisdicción voluntaria. General
Nº Procedimiento: 0000482/2021
NIG: 3802241120210001339
Materia: Derecho de familia
Resolución: Auto 000314/2021
IUP: VR2021007039

Intervención:	Interviniente:	Abogado:	Procurador:
Demandante	XXXXXXXXXXX	XXXXXXXXXXXXXXXX	XXXXXXXXXXXX
Demandado	XXXXXXXXXXXXX	Cristina Rosa Armas Suarez	Maria Cristina Sosa Gonzalez

NOTIFICACION 17.12.2021

AUTO

En Icod de los Vinos, a 10 de diciembre de dos mil veintiuno.

Visto por mí, Doña XXXXXXXXXXXXXX, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Icod de los Vinos y su partido judicial, el presente procedimiento de jurisdicción voluntaria de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad seguido con el número 482/21, a instancia de Don XXXXXXXXXXXXX, representado por la Procuradora Doña XXXXXXXXXXXXXX, frente a Doña XXXXXXXXXXXXXXXX, representada por la Procuradora Doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, con la intervención del Ministerio Fiscal, representado por Doña XXXXXXXXXXXXXXXX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de septiembre de 2021, Don XXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado por la Procuradora Doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXX, solicitando frente a Doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX que se autorice judicialmente que el hijo menor de ambos reciba la vacuna del covid. Dicho escrito fue asignado a este Juzgado en el turno de reparto, acordando incoar procedimiento de jurisdicción voluntaria y convocar la comparecencia correspondiente.

SEGUNDO.- En virtud de Decreto de 2 de noviembre de 2021, se acordó la admisión a trámite de la solicitud de Don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y la incoación del presente expediente de jurisdicción voluntaria.

TERCERO.- Se señaló para la celebración de la comparecencia el día 1 de diciembre de 2021, día para el que se convoca a Don XXXXXXXXXXXXXXXXX a XXXXXXXXXXXX y al Ministerio Fiscal, para que realicen cuantas alegaciones tengan por conveniente.

Se ha dado audiencia al menor XXXXXXXXXXXX, que ha sido oído por SSª el día 30 de noviembre de 2021.

CUARTO.- Celebrada la comparecencia el día 1 de diciembre de 2021, se han emitido las conclusiones definitivas por los interesados y por el Ministerio Fiscal, y queda el presente expediente pendiente de resolver.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Don XXXXXXXXXXXXXXXXXXX presentó escrito el 13 de septiembre de 2021, en el que indicaba que la madre de su hijo menor no está conforme con que se le inocule la vacuna covid 19 y que él no comparte dicho criterio por considerarlo perjudicial para la salud del hijo. A dicha solicitud no acompañó ningún informe médico ni ningún documento que sustentara su solicitud, únicamente se ha adjuntado el burofax enviado por Doña XXXXXXXXXXXX argumentando las razones por las que se opone a que se le suministre a su hijo la vacuna, el certificado de nacimiento del hijo y la Sentencia de divorcio.

La presente controversia suscitada entre dos progenitores debe ser resuelta conforme a la prueba practicada y a lo que ha quedado acreditado en el seno de este expediente, dejando al margen las opiniones o consideraciones personales que cada uno pueda tener respecto al controvertido tema de la vacuna del covid. Y en este sentido, hemos de poner de relieve que la progenitora aporta con anterioridad al acto de la vista abundante documentación médica y científica sobre la vacuna, de la que se ha dado traslado a las demás partes, y que por el progenitor y por el Ministerio Fiscal no se aporta ni propone prueba alguna, salvo el interrogatorio de ambos progenitores. Se ha dado audiencia al menor, que ha manifestado que desea vacunarse, principalmente, porque considera que si se suministra la vacuna es porque es confiable y porque considera que los no vacunados lo pasan peor al contraer el virus.

Los argumentos del padre para que se le suministre la vacuna a su hijo menor de edad se basan en que entiende que es lo mejor para su hijo, porque considera que la vacuna del covid es buena y le va a proteger, mientras que los argumentos de la madre para oponerse a que se le suministre la referida vacuna se basan en el principio de prudencia, en que se desconocen los efectos de la vacuna a medio y largo plazo, ya que los ensayos clínicos no han terminado. Y así, a continuación, vamos a centrarnos en lo que nos compete en este expediente, que es la vacunación de un determinado niño de 15 años.

En primer lugar, y como es un menor de edad el que aquí nos ocupa, vamos a fijarnos en la incidencia del covid en los menores de edad. En este sentido, ha sido traído al procedimiento por la progenitora el último informe del Instituto Carlos III (organismo público de carácter autónomo adscrito al Ministerio de Economía y dirigido por el Ministerio de Ciencia e Innovación), que revela que desde el pasado 22 de junio de 2020 hasta el 9 de junio de 2021 se ha constatado que, los menores de 19 años fallecidos en España como consecuencia de la infección del SARS-CoV-2 ascienden a 22 y los ingresados en la Unidad de Cuidados Intensivos de dicha franja de edad, son 229. De forma que, de dicho informe se puede concluir que la tasa de mortalidad por COVID-19 en España de los menores de 19 años en el año analizado asciende a 0,00023861% y la tasa de hospitalización en UCI en igual período a 0,002484%.

Uno de los documentos que se ha aportado por la progenitora es el denominado “análisis

científico independiente” elaborado por el doctor en Ciencias Químicas Don Sergio Pérez Olivero, el cual puede desplegar valor de dictamen pericial, habida cuenta de que en el mismo consta la preceptiva promesa o juramento del perito para ello, así como su firma y a juicio de la que aquí provee, concurren todos los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para que dicho documento tenga la consideración de dictamen pericial, sin que sea preciso ni preceptivo que el perito comparezca a la vista a ratificarse y sin perjuicio de que incluso de no considerarse informe pericial, despliegue su valor probatorio como prueba documental. Pues bien, en dicho informe, se llegan a idénticas conclusiones que en el referido informe del Instituto Carlos III acerca de la tasa de mortalidad en España del covid en menores de edad, así como a la tasa de ingreso en UCI de tales menores, siendo igualmente unos porcentajes insignificantes.

No constituye un hecho controvertido entre los progenitores que la vacuna pueda producir efectos adversos a largo plazo, de hecho preguntado el progenitor acerca de dicha cuestión, manifiesta que “*poniendo todo ello en una balanza, le da más importancia a protegerse y proteger*”. Es difícil, por no decir imposible, poner en una balanza los efectos adversos a medio o largo plazo de la vacuna del covid, cuando los mismos son desconocidos en el momento actual, de forma que, lo que se está poniendo en uno de los lados de la balanza es una interrogación, una incógnita, para la que a fecha de hoy nadie puede ofrecer una respuesta certera, pues nadie lleva varios años vacunado del covid. En este sentido, no podemos obviar la abundante jurisprudencia existente acerca de condenas ya a farmacéuticas, ya a Administraciones Públicas por los efectos adversos de vacunas o medicamentos que han aparecido tiempo después de su ingesta o inoculación o que años después se ha determinado su relación de causalidad con el fármaco ingerido años atrás.

Así por ejemplo, la Sentencia 377/2003 dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el 7 de octubre de 2003 (y posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo), estima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por las lesiones que padece un varón (nacido en el año 1971) derivadas de la vacunación obligatoria contra la viruela en 1975, que le provocó un cuadro de encefalitis postvacunal cuando tenia cuatro años que ha degenerado a lo largo del tiempo dando lugar a las dolencias que presenta en la actualidad que han motivado que no puede dedicarse a la profesión para la que estuvo preparándose de Técnico de Turismo.

También es de destacar el conocido caso de la talidomida, medicamento que en los años 60 se suministró en España a las embarazadas, bajo la creencia de sus bondades y que más de cincuenta años después, dadas las malformaciones de aquellos niños cuyas madres ingirieron dicho fármaco en el embarazo, derivó en la publicación del Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el período 1960-1965. (Sentencia n.º 426/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Contencioso Sección 10, dictada el 6 de junio de 2014)

Por lo tanto, lo que pretendemos poner de manifiesto al señalar esta jurisprudencia es que los riesgos y efectos adversos de la vacuna covid, al igual que los de cualquier medicamento, fármaco o vacuna, pueden aparecer muchos años después de su ingesta o inoculación y que el hecho de que aparezcan tardíamente no significa que vayan a tratarse de efectos o secuelas leves, ya que nada obsta para que se trate de dolencias de gravedad. Además, y si bien

desconocemos qué sucederá a medio o largo plazo, conforme consta en la documentación aportada por la progenitora, ya se han documentado efectos adversos graves a corto plazo, como lo son miocarditis y pericarditis, lo que sugiere cuanto menos, extremar la prudencia en la inoculación de la vacuna a los menores.

Otro de los puntos que han sido tratados en el presente expediente es el referido al consentimiento informado, que la madre refiere que es inexistente. En efecto, la administración de un fármaco debe ir precedida de una ponderación entre riesgos posibles y beneficios esperables, y tal ponderación, corresponde realizarla al facultativo (para la determinación de la "prescripción o indicación terapéutica"), a la propia Administración sanitaria y, por supuesto, al usuario de los servicios sanitarios (en este caso, los padres del menor). En el caso que nos ocupa, dicha ponderación no se realiza por ningún facultativo, habida cuenta de que no se requiere que la vacuna del covid se recete o prescriba o se gire volante o algo similar por ningún facultativo médico. El usuario, que en este caso, ya hemos dicho que serían los padres, debe ser previamente informado antes de otorgar o no su consentimiento a cualquier actuación en el ámbito de la salud (artículos 8 a 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre , básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) ahora bien, en materia de campañas de vacunación no se está ante un tratamiento médico o quirúrgico singular sino ante una actuación masiva en la que el derecho de información se contiene en la propia campaña y en la promoción que de la misma hagan las administraciones públicas.

Bajo esas premisas, son los usuarios, los que conocedores de la campaña de vacunación y bajo el aval público de su promoción, toman la decisión de vacunarse o no y en el primero de los casos, asumen los riesgos inherentes a la misma.

Respecto al estado de desarrollo de las vacunas o medicamentos contra el covid, tenemos que efectivamente a fecha de hoy, ninguna de ellas cuenta con una autorización de vacuna que ha finalizado sus ensayos clínicos. Así, la Comisión Europea por previa recomendación de la EMA (Agencia Europea de Medicamento) ha concedido una autorización condicional de comercialización de emergencia a varias empresas o entidades farmacéuticas, por lo que Europa y por tanto, España disponen de ella.

Conforme a la Ley de creación de la Agencia Española del Medicamento, así como a aquella que amplió sus competencias, no le compete a la Agencia Española del Medicamento la aprobación de vacunas, si no únicamente le corresponde la planificación y evaluación de las mismas cuando han sido autorizadas por la Unión Europea, ya que la aprobación en España de la vacuna que nos ocupa depende de la Comisión Europea, previo informe del EMA (Agencia Europea de Medicamento)

Por último, y en cuanto a las razones de solidaridad que se invocan para que el menor sea vacunado, hemos de realizar dos consideraciones. La primera de ellas es que vacunar a los niños cuando el covid apenas tiene incidencia entre ellos, bajo el pretexto de que así protegen a sus abuelos, sería éticamente dudoso, máxime cuando hay mecanismos que se han revelado eficaces para evitar la propagación del virus tales como mascarillas u otras precauciones, siendo que en los casi dos años que llevamos de pandemia (uno de años sin autorización alguna para comercializar vacunas) no consta que XXXXXXXXX hubiere contraído el virus ni que lo hubiere contagiado a nadie. Y la segunda de las consideraciones que hemos de hacer es que

como es sabido, consta en la documentación aportada por la madre e incluso lo sabe el propio XXXXXXXXXXXXX, pues así lo manifiesta en la audiencia que se le da, ninguna de las vacunas que se suministran en España en la actualidad inmuniza frente al virus, ninguna evita el contagio ni impide la transmisión. De forma que, difícilmente se van a beneficiar los no vacunados de una inmunidad que no se da por el hecho de que los demás se vacunen. De hecho, conforme al informe de Don Sergio Pérez Olivera, fechado en octubre de 2021, si comparamos los datos de España de hace un año con los actuales: la Incidencia Acumulada, era 8 veces menor que la actual; los fallecidos Covid eran 15 veces menos; el número de ingresos hospitalarios era 9 veces inferior y el número de ingresados UCI estaba 14 veces por debajo. Al margen de dicho informe, si atendemos a los datos públicos ofrecidos por el Centro Nacional de Epidemiología, tenemos que los contagios diarios son muy superiores a los de hace un año. Así, hace un año, no se había comenzado con la campaña de vacunación del covid en España, y sin embargo, ahora, tras casi un año suministrándose dicha vacuna, y con una alta tasa de vacunación que ronda el 80%, los datos de contagio no son mejores. Ello nos lleva a confirmar lo que ya se sabía, que las vacunas no inmunizan y a constatar igualmente, que nos movemos en un terreno de inseguridad científica, plagado de incertidumbre.

La administración de una vacuna debe ir precedida de una ponderación de riesgos/beneficios, y en el presente procedimiento, ha quedado acreditado que los menores de edad apenas sufren las consecuencias del covid, atendiendo a la baja mortalidad (0,00023861%) y la baja hospitalización con pronóstico grave, en UCI (0,002484%), de los menores de 19 años, de forma que el posible beneficio que obtendría el menor XXXXXXXXXXXXXX de vacunarse es muy muy escaso. Y en cuanto al riesgo, habiéndose constatado efectos adversos de gravedad a corto plazo, y siendo totalmente desconocidos los que se pudieren dar a medio y largo plazo, entendemos que los posibles efectos adversos de la vacuna en el menor XXXXXXXXXXXXXX pueden ser muy superiores y pueden tener unas consecuencias adversas para su salud en comparación con el hecho de contagiarse de covid sin que se le hubiere suministrado vacuna alguna contra el covid.

Tales cuestiones se consideran acreditadas mediante la valoración de la prueba documental aportada por la madre, pues es de recordar que ha sido nula la actividad probatoria desplegada por el padre y por el Ministerio Fiscal. Además, en el acto de la vista, la madre es quien ha demostrado un mayor conocimiento del tema de las vacunas, habiendo tenido acceso incluso por su propio cargo de directora en un XXXXXXXXX, a informes científicos y a información distinta de la ofrecida por los medios de comunicación convencionales o a la recomendaciones ofrecidas por los cauces oficiales, que no por provenir de organismos públicos, han de ser necesariamente las acertadas, pues como ejemplo, recordemos que al inicio de la pandemia, por parte de las autoridades sanitarias se desaconsejaba el uso de mascarilla, que ahora es obligatorio en espacios cerrados.

Por todo cuanto antecede, ante la incertidumbre científica actual sobre la vacuna del covid, y atendiendo al principio de prudencia que debe guiar cualquier actuación, especialmente referida a un menor de edad, hemos de atribuir a la madre la facultad de decisión.

SEGUNDO.- Nos encontramos ante una discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, y así, establece el art. 156 del Código Civil que "*la patria potestad se ejercerá conjuntamente por*

ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro", añadiendo que "*serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad*." En su párrafo segundo contempla el supuesto de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, señalando que en tal caso "*cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre*".

La posibilidad arriba expuesta, no obstante, ha de venir referida a discrepancias en el ejercicio de la patria potestad que afecten a cuestiones de cierta importancia o relieve en relación con la formación y el desarrollo integral de los hijos, toda vez que la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a uno de los progenitores faculta a éste para adoptar en el día a día las decisiones relativas al cuidado de los hijos de carácter ordinario, lo que viene denominándose patria potestad ordinaria, pues de otro modo la separación de los padres impediría la adopción de decisión alguna que afectara a los hijos si fuera preciso en todo caso el consenso de ambos progenitores y en su efecto la decisión judicial.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el legislador ha querido que en cualquier caso sean los progenitores quienes tomen la decisión correspondiente y no el Juzgador, pues no atribuye al Juez el poder de tomar por sí la decisión, sino el de atribuir al padre o a la madre la facultad de decidir, de forma que la decisión es siempre la de un progenitor.

El art. 156 CC, por otra parte, también prevé que "*si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones*."

TERCERO.- El art. 156 Código Civil está previsto como vía para resolver los conflictos que puedan plantearse entre los progenitores en la toma de decisiones relativas a la patria potestad sobre sus hijos menores, siendo que en el caso que nos ocupa, se plantea la discrepancia consistente en que el menor reciba o no la vacuna covid.

En este caso, por cuanto hemos argumentado en el razonamiento primero de la presente resolución, y conforme al artículo 156 del Código Civil, dicha facultad de decidir se va a atribuir a la madre, por un tiempo de dos años.

PARTE DISPOSITIVA

Que debo desestimar y DESESTIMO la solicitud formulada por Don XXXXXXXXXXXXXXX, representado por la Procuradora XXXXXXXXXXXXXXX, en el sentido de atribuir a Doña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX la facultad de decidir sobre la inoculación de la vacuna del covid respecto al hijo menor de ambos, XXXXXXXXXXXXXXXX, siendo que dicha facultad se confiere por el período de dos años a contar desde el dictado de la presente resolución, que es el plazo máximo por el que se puede atribuir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma cabe la interposición de recurso de apelación en ambos efectos ante este Juzgado en el plazo de los 20 días siguientes a contar desde el siguiente a la notificación y siguiendo los trámites previstos en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para la admisión del referido recurso será preceptiva la previa constitución de un depósito de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el modo y forma previstos en la D.A. 15ª de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada a la misma por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de Noviembre.

Así lo acuerdo, mando y firmo yo, Doña, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Icod de los Vinos y de su partido judicial.